

# Decisión del Tribunal Constitucional: Alcances y Efectos sobre las Isapres

**Se ha querido creer que impedir el uso de la tabla de factores (u obligar su suavización) logrará homogeneizar el precio que pagan los cotizantes, independiente de su sexo y edad, favoreciendo a mujeres y adultos mayores. Tan auspicioso escenario parece improbable, siendo posible que terminen todos pagando más, puesto que el aplanamiento de los cobros puede beneficiar a algunos en desmedro de otros.**

Esta semana, el Tribunal Constitucional (TC) emitió un comunicado informando a la opinión pública que había adoptado un acuerdo en el proceso para decidir sobre la constitucionalidad del Artículo 38 ter de la Ley de Isapres, relativo a la tabla de factores que se utilizan para confeccionar los planes de salud de los afiliados.

En primer lugar, es necesario advertir que no se trata de una resolución propiamente tal, sino de una mera declaración pública de la conclusión a la cual llegó el Tribunal. En consecuencia, no se puede realizar un análisis detallado de dicho fallo, el que quedó en estado de dictarse sentencia, lo que deberá hacerse dentro del plazo máximo de 30 días. No obstante lo anterior, es posible analizar y explicar preliminarmente –a la luz de la citada declaración pública- sus alcances y efectos.

Para entender el acuerdo tomado por el TC, es indispensable tener presente que dicho órgano tiene la facultad de derogar leyes que –en su opinión- son contrarias a las disposiciones de la Constitución Política. En el presente caso, el TC acordó –cumpliendo con el quórum de 4/5 que le exige el ordenamiento jurídico- derogar los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley 18.933, conocida como la “Ley de Isapres”.

### En esta edición:

Decisión del Tribunal  
Constitucional: Alcances y  
Efectos sobre las Isapres

Crecer con Igualdad:  
Una Promesa no Cumplida

Dicho artículo señala que para determinar el precio que los afiliados pagan a las Isapres por su plan de salud, se debe aplicar a los precios que cobran el o los factores que corresponden a cada beneficiario, de acuerdo a la denominada “tabla de factores”. La Superintendencia del ramo fija la

estructura de dichas tablas, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar. Cada rango de edad que fija la Superintendencia debe estar sujeto a ciertas reglas que establece la ley. A saber:

- 1.- El primer tramo comienza entre el nacimiento hasta los 2 años.
- 2.- Los siguientes tramos desde los 2 años hasta los 80 años, comprendiendo un mínimo de 3 y un máximo de 5 años.
- 3.- Se entrega a la Superintendencia la facultad de fijar, desde los 80 años, el o los tramos que correspondan.
- 4.- También se entrega a la Superintendencia, la facultad de fijar, cada 10 años o más, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.
- 5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no puede ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

Lo que ha hecho el acuerdo del Tribunal es derogar las primeras cuatro de estas reglas. Así, es posible afirmar que se mantiene en sí misma la tabla de factores y la facultad de la Superintendencia para confeccionarla, pero se invalidan las reglas que existen para estructurarla. Por lo tanto, el TC mantiene la plena y total validez de la diferencia por sexo y edad, pero no en la forma que lo señalaba la ley.

Dado lo anterior, podría interpretarse que se necesitaría una ley especial para regular la estructura de cobros de los planes de salud que determine la Superintendencia.

Por otra parte, es imprescindible recordar que dicha derogación no tiene efecto retroactivo, esto es, se mantiene la plena validez de las tablas actualmente existentes, ya que -por otra parte- el TC no ha cuestionado el artículo transitorio de la ley.

Dicho de otro modo, no se invalida que la Superintendencia siga teniendo la atribución de normar la tabla de factores, pero sí significa que el Ejecutivo deberá enviar al Congreso un proyecto de ley que entregue los marcos de referencia necesarios para que la Superintendencia siga ejerciendo su función de acuerdo con la normativa vigente. Ese proyecto de ley deberá contemplar las consideraciones que se conozcan una vez hecha pública la sentencia y sus considerandos, de manera que no incurra en una nueva inconstitucionalidad.

## Posibles Efectos del Fallo y lo que está por venir

Resulta importante destacar que el TC habría comprendido que hay argumentos técnicos para aplicar alzas en los costos de salud en ciertos grupos étnicos y también por género. Ello, ciertamente, en la medida que no lleve a incrementos excesivos o discrecionales en los precios de los planes de salud. A esto se suma el hecho de que en los fallos anteriores del TC, relativos a demandas particulares, la tabla no habría quedado en entredicho, siendo solamente cuestionada la magnitud del aumento de precios respecto del cual se hiciera la denuncia, la que se habría considerado, en su oportunidad, desmedida en función de la condición de los afectados.

La tabla de factores de riesgo es, de hecho, el mecanismo actualmente utilizado por las Isapres para estructurar el cobro de los planes, cuyas principales variables endógenas son la edad y sexo del cotizante. Este sistema ha sido discutido por distintos sectores que lo consideran discriminatorio, situación que resulta a lo menos cuestionable. En efecto, en términos económicos, la “discriminación de precios” consiste en cobrar precios diferentes por un mismo producto a distintos consumidores. Las Isapres comercializan planes de salud que tienen un único precio base para cualquiera que los quiera adquirir. La diferencia en el valor final a pagar por persona se debe a la intensidad de uso que cada una de ellas hace de dicho plan, lo que precisamente se refleja en la tabla de factores. La intensidad de uso varía enormemente entre grupos de cotizantes. Por ejemplo, en el rango de 30 a 34 años, el uso de prestaciones de las mujeres más que duplica el de los hombres (24 versus 10,6 promedio anual), lo que se traduce en un gasto 167% superior.

Lo anterior explica que el costo de acoger en el sistema a una mujer sea muy superior, lo que se refleja en los cobros respectivos. Ello no contradice la premisa inicial, cual es que por el mismo producto se cobra el mismo precio, siendo sólo la intensidad relativa de uso de cada grupo la que genera la diferencia en lo pagado. Eso, claramente, no es discriminación.

Por el contrario, obligar a la suavización de la tabla de factores, llevando a que el cobro por grupo de cotizantes difiera de sus costos reales, sí importa una discriminación de precios. En efecto, tal disposición tiene implícita una valoración positiva de la discriminación de precios, puesto que promueve que algunos grupos subsidien a otros. Ello, por deseable que pudiera parecer, no dejará de tener efectos perversos en el sistema, llevando a la fuga de afiliados de bajo riesgo hacia el sistema estatal.

Muchos no comparten o no comprenden que la “socialización” de los costos de los planes puede conllevar perjuicios importantes para todo el sistema. En efecto, se ha querido creer que impedir el uso de la tabla de factores (u obligar a su suavización) logrará homogeneizar el precio que pagan los cotizantes, independiente de su sexo y edad, favoreciendo a

mujeres y adultos mayores. Tan auspicioso escenario parece improbable, siendo posible que terminen todos pagando más, puesto que el aplanamiento de los cobros puede beneficiar a algunos en el corto plazo, pero iría en desmedro de otros. A su vez, ello generará una fuga de los cotizantes menos riesgoso que se ven perjudicados por este cambio. El efecto para las Isapres sería doble: a) la migración del sistema hacia la opción alternativa (Fonasa) que reduce el universo de cotizantes, con la consecuente pérdida de eficiencia y b) el inevitable sesgo de selección, que deja al sistema privado con un universo de cotizantes cuyo nivel de uso promedio es mayor, pues quienes tienen mayor riesgo permanecen de todos modos en el sistema.

**Lo más razonable parece ser avanzar hacia un sistema que exija justificar, en base a costos, la estructura de cobros que definen la tabla de factores de riesgo. Esta debe ser objetiva, transparente y pública, lo que evitaría cobros desmedidos que no tengan relación con los costos del sistema.**

Ahora bien, adelantándose al fallo del TC, el Gobierno ya había anunciado la creación de una Comisión de Expertos, la cual estará a cargo de evaluar las alternativas de modificación a la ley que surgirían a partir de la sentencia.

En relación a la tabla de factores de riesgo, es muy probable que la Comisión trabaje en la línea de generar una tabla con menor número de tramos etáreos, una disminución de brechas entre jóvenes y adultos mayores y entre hombres y mujeres, y un congelamiento de las alzas de precios de los planes de salud después de los 65 años.

Estos criterios ya fueron conversados entre la Asociación de Isapres y las autoridades de salud durante la administración anterior, sin que se llegara a proponer un cambio legislativo.

El hecho de reconocer que los planes no pueden costar lo mismo cuando la intensidad de uso es distinta entre grupos, debiera enfocar el trabajo de esta Comisión a evitar que se cobren precios “abusivos”, más que discriminatorios. En este contexto, lo más razonable parece ser avanzar hacia un sistema que exija justificar, en base a costos, la estructura de cobros que definen la tabla de factores de riesgo. Esta debe ser objetiva, transparente y pública, lo que evitaría cobros desmedidos que no tengan relación con los costos del sistema.

Es importante señalar que la reducción de tramos, la reducción de las brechas entre grupos y el congelamiento de precios a partir de los 65 años importa –como se ha dicho– una discriminación de precios que perjudica a los cotizantes de más bajo riesgo, cuyos planes se verán encarecidos. En este sentido, de estimarse que resulta positivo promover una política de solidaridad entre cotizantes, necesariamente tendría que compensarse a quienes pierden con la nueva estructura de precios, de modo de evitar su fuga. Siendo el Estado quien promovería dicho esquema, sería éste quien

debiera eventualmente financiarlo. Alternativamente, debiera pensarse en un esquema en que los cotizantes de alto riesgo sí enfrenten precios mayores, acorde a sus riesgos más elevados, pero que el efecto sobre sus ingresos fuera compensado, al menos en parte, por una asignación o subsidio de salud otorgado por el Estado, en proporción a su situación de vulnerabilidad.

## En Conclusión

Con todo, en lo inmediato no se esperan mayores cambios para la industria. La sentencia no tendrá efecto retroactivo y comenzará a regir en un plazo cercano a los 30 días. La pregunta que surge –y que preocupa– es qué ocurrirá en el plazo entre que se hayan derogado los numerales 1, 2, 3 y 4, del inciso tercero del artículo 38 ter y la entrada en vigencia de la nueva ley. En particular, los contratos vigentes no sufrirían modificación alguna (siguen operando sus planes de salud), pero sí podría eventualmente presentarse un problema con las nuevas contrataciones de planes.

Se han escuchado básicamente dos posturas al respecto. Una posición postula a que se trata de un contrato entre dos partes y que, por tanto, podría suscribirse en la forma que lo estimaran los firmantes, dejando bastante libertad de acción para las Isapres. En el otro extremo están quienes postulan que la situación de transición llevará a no suscribir contrato alguno, en vista que las Isapres no estarían facultadas para determinar los precios correspondientes al no poder aplicar la tabla de factores de riesgo. Ello significaría un freno importante en la industria, que obligaría a todos quienes inician su cotización de salud a incorporarse al sistema de salud pública. Lo más probable, en todo caso, es que las Isapres adapten sus estructuras tarifarias en función de los considerandos que se den a conocer una vez publicado el fallo del TC, lo que supone una suerte de autorregulación a la espera de que se dicte la nueva ley. La preocupación, por tanto, se concentra más bien en la forma definitiva que tome la nueva ley cuando finalmente salga del Congreso.

El Tribunal Constitucional, en definitiva, pareciera haber optado por ajustar su actuación al ámbito que le reconoce nuestro ordenamiento jurídico, haciendo una interpretación armónica de las normas contenidas en ellas, sin invadir potestades de otros órganos, lo que habría vulnerado la separación del poderes y, con ello, uno de límites que tiene el Estado para con las personas. De este modo, el Tribunal rechaza la tentación de sobrepasar su rol de guardián de la Constitución, sin que asuma un papel de reformador social encargado de elaborar políticas públicas, tarea que le compete al Poder Ejecutivo y al Congreso. En consecuencia, el TC se atiene a señalar los límites que, a juicio de la mayoría de los ministros del Tribunal, deben respetar quienes sí están llamados a resolver estos asuntos.